

## Loschelder Praxistipp

### Umgang mit Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Online-Corona-Tests

*Inhaltlich zweifelhafte oder falsche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sind schon seit Jahren ein Ärgernis für Arbeitgeber. Verschärft wird dieses Problem nun dadurch, dass zahlreiche Anbieter im Internet Online-Krankschreibungen auf Grundlage einer Selbstdiagnose des Arbeitnehmers in einen Fragebogen anbieten. Die gleichen Anbieter offerieren zudem auch Online-Corona-Tests zur Vorlage beim Arbeitgeber gemäß § 28 b Abs. 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG).*

Wir möchten in diesem Artikel Hilfestellungen für den Umgang mit diesen Bescheinigungen geben.

#### 1. Zulässigkeit von Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Die rechtlichen Vorgaben für die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ergeben sich aus der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des gemeinsamen Bundesausschusses. Diese sieht in § 4 Abs. 1 grundsätzlich die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit „nur aufgrund einer unmittelbar persönlichen ärztlichen Untersuchung“ vor.

Eine wichtige Ausnahme hiervon macht derzeit, zeitlich befristet bis 31.03.2022, § 8 Abs. 1 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie: Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Patienten mit Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, darf für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen auch aufgrund telefonischer Anamnese „im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung“ erfolgen. Eine Verlängerung ist einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen möglich. Jedenfalls für leichte Erkältungskrankheiten erlauben die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien damit eine reine Online-Krankschreibung.

Unter strengen Voraussetzungen – wenn der Patient dem Arzt unmittelbar persönlich bekannt ist und die Erkrankung dies nicht ausschließt – kann Arbeitsunfähigkeit auch im Rahmen einer Videosprechstunde gemäß § 4 Abs. 5 Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie festgestellt werden.

## **2. Zulässigkeit von Online-Corona-Tests**

In seinen FAQ weist das Bundesgesundheitsministerium darauf hin, dass Testnachweise nicht auf einer bloßen videoüberwachten Selbsttestung beruhen dürften. Die einschlägigen bundesrechtlichen Rechtsgrundlagen in § 2 Nr. 7 a SchAusnahmVO und § 6 Abs. 1 TestVO sind in dieser Hinsicht allerdings wenig eindeutig; nur unwesentlich klarer ist die CoronaTestQuarantäne VO NW:

„Über die Ergebnisse der PCR-Tests und der Coronaschnelltests, die durch Leistungserbringer im Sinne der Coronavirus-Testverordnung erfolgen, ist den Betroffenen ein aussagekräftiger schriftlicher oder digitaler Testnachweis auszuhändigen. Über einen Coronaselbsttest, der unter Aufsicht einer hierzu unterwiesenen oder zur Vornahme eines Coronaschnelltests befugten Person vorgenommen wurde (begleiteter Selbsttest), kann ebenfalls ein Testnachweis erteilt werden.“

Eine klare Regelung dazu, dass die Aufsicht bei einem begleiteten Schnelltest in Präsenz erfolgen muss – und nicht per Video erfolgen kann –, gibt es nicht.

In einem Wettbewerbsverfahren gegen einen entsprechenden Anbieter ist das LG Hamburg (Urteil vom 07.12.2021, Az. 406 HKO 129/21) allerdings vom Erfordernis eines tatsächlichen Arztkontaktes ausgegangen.

## **3. Zur Bewertung gängiger Anbieter**

Die juristische Diskussion drehte sich zuletzt um einen Hamburger Anbieter, der unter den Homepages „[www.auschein.de](http://www.auschein.de)“ bzw. „[www.dransay.com](http://www.dransay.com)“ seine Leistungen anbietet.

Die dort angebotenen Leistungen erfüllen die rechtlichen Voraussetzungen nicht. Online-Corona-Tests werden

aufgrund eines bloßen Fragebogens und zwei Fotos eines Selbsttests ausgestellt – die erforderliche Überwachung der Testdurchführung durch einen Leistungsanbieter liegt damit schon nicht vor. Auch die ohnehin schon niedrigen Anforderungen an eine Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung werden im Regelfall nicht erfüllt, da die Bescheinigungen nicht auf Grundlage einer telefonischen Anamnese erbracht werden, sondern auf Grundlage eines reinen, vom Patienten selbst ausgefüllten Fragebogens, und nicht auf Erkrankungen der oberen Atemwege beschränkt sind.

Trotz des oben genannten Urteils des LG Hamburg, das dem Anbieter durch eine einstweilige Verfügung (ohne mündliche Verhandlung) untersagt, für die Ausstellung von Corona-Selbsttest-Zertifikate zu werben oder Corona-Testzertifikate auszustellen (LG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2021, Az. 406 HKO 129/21), ist die Homepage ist jedoch weiterhin erreichbar.

Auf der Homepage wird recht aggressiv die Rechtmäßigkeit des Angebots behauptet, unter anderem mit einem rechtlich nicht überzeugenden Rechtsgutachten. Bereitgehalten werden auch mehrere Musterschreiben, die von den betroffenen Arbeitnehmern an Arbeitgeber versandt werden sollen, die die Bescheinigungen nicht akzeptieren. Das Unternehmen sagt zudem zu, für den Fall, dass der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigere, für max. 7 Tage und 1.000,00 € die Entgeltfortzahlungskosten zu übernehmen und den Arbeitgeber zu verklagen.

Deutlich defensiver sind die Ratschläge auf der Homepage für nicht akzeptierte Online-Corona-Tests. Die Akzeptanz des Tests solle „am besten unauffällig“ und „ohne DrAnsay.com zu erwähnen“ ausgetestet werden.

Tatsächlich gehen Arbeitnehmer, die sich auf solche Tests verlassen, ein hohes Risiko ein. Ein Verstoß gegen § 28 b Abs. 1 S. 1 IfSG kann als Ordnungswidrigkeit nach dem Infektionsschutzgesetz mit einem Bußgeld von bis zu 25.000,00 EUR geahndet werden.

#### **4. Zum Umgang mit online-Corona-Tests**

Der Arbeitgeber ist bei seiner Kontrolle nach § 28 b Abs. 3 S. 1 IfSG nicht verpflichtet, nicht den rechtlichen Anforderungen entsprechende Bescheinigungen zu akzeptieren. Angesichts des unklaren Wortlauts der rechtlichen Regelungen besteht zumindest ein Restrisiko, dass Online-Corona-Tests, zumindest, wenn sie auf einer videoüberwachten Selbsttestung beruhen, wirksam sein können; in diesem Falle würde ein Arbeitgeber, der die Tests nicht akzeptierte und die Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung ausschloss, in Annahmeverzug gemäß § 615 BGB geraten; er müsste das Arbeitsentgelt nachzahlen.

Man wird vom Arbeitgeber bei einer Kontrolle nach § 28 b Abs. 3 S. 1 IfSG nicht mehr verlangen können, als zu überprüfen, ob die Bescheinigungen offensichtlich den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen, gerade, wenn der Arbeitgeber nicht sicher erkennen kann, dass er es mit einem Online-Test zu tun hat. Bis zu einer möglichen gesetzlichen Klarstellung sollte der Arbeitgeber daher sorgfältig überlegen, ob er Online-Tests generell nicht akzeptiert.

Für eine harte Linie in dieser Hinsicht können sicherlich Gründe des Gesundheitsschutzes im Betrieb sprechen. In diesem Falle sollten die Arbeitnehmer vorab durch einen Aushang oder eine Rundmail darüber informiert werden, dass solche Tests nicht akzeptiert werden. Die Mitarbeiter sollten auf jeden Fall auch auf das Bußgeldrisiko aus einer Verletzung von § 28 b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 73 Abs. 1 a Nr. 11 b IfSG hingewiesen werden.

#### **5. Zum Umgang mit Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen**

Bislang wurden ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von den Arbeitsgerichten fast unbesehen akzeptiert: Diesen kam, aus Sicht der Gerichte, stets ein hoher Beweiswert zu. Lediglich wenn der Arbeitgeber Tatsachen darlegen konnte, die den Beweiswert erschütterten, musste der Arbeitnehmer seine tatsächliche Arbeitsunfähigkeit mit anderen Mitteln beweisen.

In Bezug auf Online-Krankschreibungen hat allerdings das ArbG Berlin (Urteil vom 01.04.2021, Az. 42 Ca 16289/20) bei einer Bescheinigung, die auf einem Fragebogen beruhte, den Beweiswert als erschüttert angesehen. Auch das BAG hatte zuletzt, bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Zusammenhang mit einer Kündigung, die Voraussetzungen für eine Erschütterung des Beweiswerts gesenkt (BAG, Urteil vom 08.09.2021, Az. 5 AZR 149/21). Schon zuvor hatte das BAG den hohen Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an die persönliche Untersuchung durch einen Arzt gebunden (BAG, Urteil vom 11.08.1976, Az. 5 AZR 422/75).

Das spricht dafür, dass der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung auf Grundlage bloßer Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht leisten muss. Praktisch ergibt sich allerdings das Problem, dass der Arbeitgeber nicht erkennen kann, ob die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf Grundlage eines persönlichen Kontaktes mit dem Arzt ausgestellt wurde, eine der Ausnahmen der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien gegeben ist - oder ob eine den rechtlichen Anforderungen nicht genügende Fragebogen-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorliegt.

Hier reicht es für den Arbeitgeber im Streitfall daher richtigerweise aus, vor Gericht zu bestreiten, dass die Bescheinigung ordnungsgemäß, durch eine persönliche Konsultation, zustande kam (Kleinebrink, ArbRB 1019, S. 147 (149)). In diesem Falle muss der Arbeitnehmer den Beweis antreten, etwa durch eine Zeugenaussage des Arztes, dass eine den rechtlichen Anforderungen genügende Untersuchung vorlag.

Die neue Situation mit den unter Verstoß gegen die rechtlichen Vorgaben ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen entwertet diese aus Sicht des Arbeitgebers zusätzlich. Dennoch wäre es wohl nicht zielführend, künftig keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mehr zu akzeptieren und die Arbeitnehmer für die Entgeltfortzahlung grundsätzlich auf den Klageweg zu verweisen. Jedenfalls bei verdächtigen Umständen, die auf das Vorliegen einer bloßen Online-Bescheinigung hinweisen, etwa einer Bescheinigung durch einen räumlich weit vom Wohnsitz des Arbeitnehmers

entfernt ansässigen Arzt, sollte die Entgeltfortzahlung jedoch verweigert werden.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de